

San Martín, 22 de julio de 2020.

Y VISTOS: CONSIDERANDO:

I.- Vienen estos autos a conocimiento del Tribunal, en virtud de los recursos de apelación interpuestos por la actora y por la demandada, contra la sentencia del 8/7/2020, en la cual el Sr. juez «aquo» hizo lugar parcialmente a la acción de amparo y ordenó a la Organización de Servicios Directos Empresarios (OSDE) la cobertura de la internación de la Sra. I.R.S. en el hogar «Nuestra Señora de Belén», hasta el pago del valor que el Nomenclador de Prestaciones Básicas para Personas con Discapacidad, establecía para la Categoría «A» de Hogar Permanente (aprobado por Res. 428/1999 y sus modificatorias), suma que se actualizaría conforme las sucesivas resoluciones del Ministerio de Salud de la Nación.

II.- Para así decidir, consideró relevante el carácter de afiliada de la Sra. I.R.S. y su condición de persona con discapacidad. Tuvo en cuenta las prescripciones médicas realizadas por los galenos tratantes y la negativa de la demandada a brindar la prestación.

Sostuvo que en autos se ventilaba una cuestión relativa al derecho a la salud, materia en la que correspondía a la demandada otorgar las prestaciones tendientes a la promoción, prevención, protección, recuperación y rehabilitación de la salud, que respondieran al mejor nivel de calidad y que fueran necesarias para la provisión de los tratamientos frente al afiliado que los peticionaba, dando respuesta rápida y eficaz.

Refirió que la circunstancia de que la afiliada contara con certificado de discapacidad la colocaba al amparo de la ley 24.901.

Señaló que la accionante contrató unilateralmente con un establecimiento sin contar con la conformidad de la demandada y que el hogar «Nuestra Señora de Belén», donde se hallaba alojada la Sra. I.R.S., no era prestador de la obra social. Por ello, estimó que la necesidad acreditada de las prestaciones requeridas, según las necesidades de la paciente, llevaba a admitir la cobertura de la internación, en la modalidad antes referida.

III.- En primer lugar, se agravió la actora al entender que la categorización efectuada en la sentencia resultaba errónea, en tanto el centro asistencial en el que se encontraba internada la afiliada se otorgaban servicios de Hogar con Centro de Día.

Expuso las diferentes definiciones de hogar y de hogar con centro de día que se desprendían de la Resolución 1328/2006 del Ministerio de Salud de la Nación.

En este sentido, detalló las prestaciones brindadas por el hogar «Nuestra Señora de Belén», tales como la asistencia en las actividades básicas de la vida diaria, kinesiología, psicomotricidad, musicoterapia y concluyó que correspondían a las otorgadas por un Hogar con Centro de Día.

Agregó, que las prestaciones de rehabilitación fueron indicadas a la afiliada en su certificado de discapacidad.

Puso de relieve que, si bien el hogar «Nuestra Señora de Belén» no era prestador de OSDE, la demandada no contaba con un establecimiento similar, en cuanto a nivel de servicios otorgados, en la zona requerida y que, además, había rechazado brindar la cobertura solicitada.

Por ello, solicitó que se modificara la sentencia recurrida y se ordenara la cobertura de la prestación al valor que el Nomenclador de Prestaciones Básicas para Personas con Discapacidad establecía para la categoría «A» de Hogar Permanente con Centro de Día.

Asimismo, consideró que correspondía que se reconociera un adicional del 35% sobre los valores establecidos en el Nomenclador, en concepto de dependencia, puesto que la afiliada requería supervisión y asistencia para todas las actividades de la vida diaria y necesitaba un acompañante permanente, conforme lo acreditaba su certificado de discapacidad.

Por su parte, se agravió la demandada, expresando que el ejercicio del derecho a la salud se encontraba reglamentado por distintas normas, de conformidad con lo establecido por el Art. 28 de la Constitución Nacional. En este sentido, indicó que la ley 24.901 garantizaba la cobertura total de las prestaciones requeridas por las personas con discapacidad, siempre que resultaran procedentes y acordes a los lineamientos establecidos en la norma.

Afirmó que la ley 24.901 no contemplaba la cobertura de todo lo requerido por las personas con discapacidad en la modalidad que ellas lo dispusieran, sino que establecía cuáles eran las prestaciones que las obras sociales garantizaban a sus beneficiarios y bajo qué circunstancias debían hacerlo.

Postuló que sus requerimientos no podían resultar de cualquier naturaleza, como era la satisfacción de las necesidades de la vida cotidiana a través de una institución geriátrica, máxime

cuando no existía ninguna circunstancia atendible para que no pudieran ser satisfechas por su grupo familiar.

Enfatizó que el magistrado soslayó la evaluación interdisciplinaria realizada por OSDE.

Expuso que la afiliada se encontraba institucionalizada desde antes del inicio de las presentes actuaciones, lo que demostraba el interés económico que motivaba el reclamo de autos.

Expresó que de las constancias de la causa no surgía un pedido médico que indicara que efectivamente la afiliada requiriera la cobertura de la internación geriátrica en el hogar «Nuestra Señora de Belén», sino que solamente se había acompañado un informe médico que recomendaba la continuación de la internación, emitido por dicha institución.

Agregó que, pese a ello, se dispuso la cobertura de la internación en el establecimiento «Nuestra Señora de Belén», hasta el pago del valor que el Nomenclador de Prestaciones Básicas a favor de Personas con Discapacidad establecía para la Categoría «A» de «Hogar Permanente», lo cual resultaba agravante.

Postuló que la beneficiaria contaba con un grupo familiar continente y que éste resultaba el primer obligado a brindar la atención requerida.

Sostuvo que la pretensión de la actora de que su madre habitara en un geriátrico nada tenía que ver con el cuidado de su salud, sino que venía a satisfacer sus necesidades de hábitat y alimentación.

Arguyó que la reclusión de la afiliada en una institución geriátrica no era el recurso adecuado para el tratamiento de su patología, el que debía darse, preferentemente, en forma ambulatoria.

Manifestó que los propios beneficiarios de OSDE resultarían, en última instancia, perjudicados por las consecuencias de la resolución recurrida, en virtud del principio de solidaridad.

Finalmente, se quejó por la imposición de costas a su cargo, citó jurisprudencia e hizo reserva del caso federal.

IV.- Ante todo, cabe señalar que no es obligación examinar todos y cada uno de los argumentos propuestos a consideración de la Alzada, sino sólo aquéllos que sean conducentes para fundar sus conclusiones y resulten decisivos para la solución del caso (Fallos: 310:835, 311:1191, 320:2289, entre otros; este Tribunal, sala II, causa 1077/2013/CA3, Rta. el 23/8/16).

V.- Ello aclarado, del «sub examine» se desprende que la Dra. Silvana Mariel Blanco -apoderada de Juan Nicolás C. y María V. C.- en representación de la madre de los mandantes, inició la presente acción de amparo a fin de que se le otorgara a la Sra. I.R.S., la cobertura total de la internación geriátrica en el hogar «Nuestra Señora de Belén» (vid escrito de inicio, punto II, OBJETO).

De las constancias digitales de autos, se desprende que I.R.S., de 82 años de edad, está afiliada a OSDE y posee certificado de discapacidad, en el que se consignó como diagnóstico «Demencia en la enfermedad de Alzheimer, de comienzo tardío (G30.1+). Episodio depresivo» y como orientación prestacional la de «Prestaciones de rehabilitación» e indicación de «Acompañante: Sí» (vid copia digital de credencial y certificado de discapacidad).

Del certificado médico, suscripto por el Dr. Carlos Antonio Goncalvez -director médico de la Asociación de Beneficencia Hermanas Hospitalarias S.C.J. – Hogar «Nuestra Señora de Belén»-, surge que la paciente padecía de demencia tipo Alzheimer y se encontraba estable, en su contexto de involución demencial. Indicó que se encontraba internada en dicha residencia desde junio de 2016 y estaba adaptada al entorno institucional, donde personal asistencial capacitado le brindaba asistencia permanente para todas las actividades básicas de la vida diaria e instrumentales. En virtud de ello, recomendó continuar con el dispositivo de internación en residencia de larga estadía u hogar, a los efectos de brindarle cuidados y atención adecuados (vid certificado médico del 3/7/2019).

Concordantemente, el Dr. Diego Bigatti, la Lic. Norma Liliana Domínguez y la Lic. María Victoria Yasielski -pertenecientes a dicha institución- certificaron que la Sra. I.R.S. requería supervisión y asistencia para todas las actividades de la vida diaria y que recibía estimulación individual por medio de una cuidadora personalizada que la asistía de modo diario en la institución. Así, detallaron la medicación suministrada y prescribieron que se debía sostener el dispositivo de internación en residencia de larga estadía, dado el cuadro de base de la paciente, su nivel de dependencia funcional, desorientación e inconsciencia de enfermedad y situación (vid informe médico del 8/7/2019).

Por otra parte, de la evaluación interdisciplinaria efectuada por OSDE y que fuera acompañada al contestar el informe circunstanciado, se desprende que la afiliada presentaba antecedentes de hipotiroidismo, osteoporosis, dislipemia, deterioro cognitivo tipo Alzheimer, afasia y requería

asistencia permanente para actividades de la vida diaria, higienización y en la preparación de alimentos y su administración, ya que no se alimentaba sola.

Asimismo, surge que padecía incontinencia urinaria, por lo que utilizaba pañales, como así también que su potencial volitivo se hallaba afectado, con evidencias de hipobulia y sin capacidad de planificar ningún tipo de acción. Finalmente, por tratarse de un cuadro de curso crónico y progresivo, se especificó que su pronóstico era «malo», pese a lo cual no se recomendó la cobertura de hogar (vid informe del 24/9/2016).

Por otro lado, consta que la actora reclamó extrajudicialmente, mediante carta documento, la cobertura de la prestación, como así también, el rechazo por parte de la obra social a la petición realizada (vid nota administrativa de enero de 2017 y cartas documento del 22/7/2019 y 26/7/2019).

Asimismo, de la factura emitida por OSDE, surge que, para el mes de diciembre del 2019, el arancel facturado por «Hermanas Hospitalarias» equivalía a \$ 74.851.

Finalmente, el 3 de septiembre de 2019, el juez de grado hizo lugar parcialmente a la medida cautelar solicitada, la cual fue confirmada por esta Alzada el 18 de marzo de 2020, confirmó dicho resolutorio.

VI.- Así, es dable recordar que la ley nacional de Obras Sociales -23.660-, en su Art. 3° previó que esos organismos destinaren sus recursos «en forma prioritaria» a las prestaciones de salud, en tanto que la ley 23.661 fijó como objetivo del Sistema Nacional de Seguros de Salud, el otorgamiento -a través de los agentes del seguro- de prestaciones de salud que tendiesen a procurar la «protección, recuperación y rehabilitación de la salud»; también estableció que tales prestaciones asegurasen, a los beneficiarios, servicios «suficientes y oportunos» (Arts. 2° y 27).

Asimismo, la ley 24.901 instituyó un sistema de prestaciones básicas de atención integral en favor de las personas con capacidades especiales para atender a sus necesidades y requerimientos, la cual resulta ajustada a su finalidad, que es la de lograr la integración social de las personas con discapacidad (Arts. 11, 15, 23 y 33) y la resolución 428/1999 del Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación (Nomenclador de Prestaciones Básicas para Personas con Discapacidad), dispuso la cobertura de prestaciones de internación.

Igualmente, estableció que estas prestaciones tenían por finalidad brindar requerimientos básicos esenciales (vivienda, alimentación, atención especializada) y destinado -preferentemente- a

personas cuya discapacidad y nivel de autovalidamiento e independencia sea dificultosa (punto 2.2.2.).

Por otro lado, mediante la ley 27.360 fue aprobada la Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, la cual establece pautas para promover, proteger y asegurar el pleno goce y ejercicio de los derechos de la persona mayor; entre ellas, el buen trato y la atención preferencial (Art.19); la protección judicial efectiva (Art. 3 y 31); la seguridad física, económica y social (Art. 3); la valorización de la persona mayor, su papel en la sociedad y contribución al desarrollo (Art. 32); la dignidad, independencia, protagonismo y autonomía de la persona mayor (Art. 2).

Además, la cuestión atañe a valores tales como la preservación de la salud y de la vida misma de las personas, derechos estos reconocidos en los Arts. 14 y 33 de la Constitución Nacional; también en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Art. 12; en el Pacto de San José de Costa Rica (Arts. 4 y 5) y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Art. 6, Inc. 1), los que tienen rango constitucional (Art. 75, Inc. 22).

En este sentido, el Alto Tribunal ha destacado la obligación impostergable de la autoridad pública de garantizar el derecho a la salud con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deben asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga (Fallos:321:1684 y 323:1339).

Debe resaltarse que la demandada se quejó porque se había dispuesto la cobertura sin considerar la posibilidad de efectuar el tratamiento en forma ambulatoria, entendiéndose que, además, existía un grupo familiar continente.

Al respecto, no es ocioso recordar que la ley 24.901 contempla -entre otras prestaciones- sistemas alternativos al grupo familiar. En el caso de la Residencial, su finalidad es brindar cobertura integral a requerimientos básicos esenciales, tales como vivienda, alimentación y atención especializada (Art. 32).

Si bien es cierto que la 24.901 establece como requisito que la persona con discapacidad no cuente con grupo familiar propio o que éste no sea continente, en el caso de autos es posible estimar acreditado que la internación de la Sra. I.R.S. no resulta ser una «elección» de la beneficiaria o su familia, sino una consecuencia del avance propio de las enfermedades que padece (Confr. esta Sala, causa 155269/18, del 3/12/18 y su cita).

No puede dejarse de lado que, los médicos tratantes, dentro del cuadro médico evaluado, coinciden en cuanto la necesidad de la afiliada de contar con la asistencia permanente respecto de terceros para todas las actividades de la vida diaria, en el marco de una residencia de larga estadía u hogar, a los efectos de brindarle cuidados y atención adecuados (vid certificados médico del 3/7/2019 y 8/7/2019).

De esta manera, la queja vertida por la demandada sobre el punto no puede tener favorable recepción.

VII.- Sentado ello, cabe analizar ahora los límites de cobertura. En primer lugar, debe tomarse en consideración que este Tribunal, al resolver en definitiva en las causas 119/09 y 2679/09 el 26/2/09 y 7/1/10, respectivamente (criterio reiterado en las causas 58323 y 62683, Rtas. el 15/12/16 y el 21/12/16 respectivamente), ha destacado que, al momento de decidir judicialmente respecto de la procedencia de prestaciones médicas por fuera de la cobertura indicada por las obras sociales y empresas de medicina prepaga, debe evaluarse el riesgo cierto de poner en peligro la sustentabilidad económica del sistema de salud, puesto que con ello quedaría desamparado el universo de afiliados.

Además, se ha sostenido, que la indicación de prestaciones médicas no implica, en principio, la libre elección de médicos y/o prestadores, sino que está estructurado en función de los profesionales e instituciones contratados por las obras sociales y empresas de medicina prepaga para la atención de sus afiliados, a fin de no desnaturalizar el sistema de funcionamiento de las obras sociales (Confr. este Tribunal, Sala II, causa 25562/14, Rta. el 18/07/14).

Ahora bien, se quejó la demandada por entender que la internación se debió a una decisión inconsulta de la parte actora. Al respecto, no puede soslayarse que en función del intercambio epistolar y de la evaluación interdisciplinaria acompañada, surge que la obra social entendía innecesaria la institucionalización de la afiliada (vid evaluación del 24/9/2016 y carta documento del 26/7/2019).

A su vez, cabe destacar que el hogar «Nuestra Señora de Belén» no es prestador de la demandada y, en este sentido, no todo requerimiento que efectúen los afiliados debe ser cubierto en su totalidad, motivo por el cual, en el caso de autos, la internación indicada por los médicos tratantes debe ser cubierta por la demandada de acuerdo a los valores actualizados y reconocidos en la Resolución Nro. 428/99 que aprueba el Nomenclador de Prestaciones Básicas para Personas con Discapacidad, (Confr. CNACCFed., Sala 3, causa 7320/14, del 29/12/16), tal como lo dispuso el Sr. juez de grado.

Sin perjuicio de ello, no puede pasarse por alto que la accionada no acompañó un informe actualizado de los establecimientos que tuviere contratados que contaren con vacantes y que pudieren ofrecer la prestación -con características similares al hogar petitionado-, pese a la indicación médica expresa, conducta que no se condice con el objeto de las normas mencionadas precedentemente.

En virtud de lo expuesto precedentemente y teniendo en cuenta que el «iudex a-quo» limitó la cobertura de la internación hasta el pago del valor establecido por el Nomenclador de Prestaciones Básicas para Personas con Discapacidad (aprobado por Resol. 428/99 del Ministerio de Salud de la Nación y sus modificatorias), se deben rechazar los argumentos vertidos por la accionada y confirmar la cobertura otorgada por el Sr. juez de grado, siguiendo el criterio sustentado por esta Sala en diversos casos análogos (Conf. causas 4114/2017, 2881/2017, 74142/2017 y 76028/2018, Rtas. el 15/09/2017, 03/10/2017, 05/12/2017 y 08/10/19, respectivamente; entre muchas otras).

VIII.- En lo que respecta a la queja de la actora sobre la correspondencia de cobertura de hogar con centro de día, debe tenerse presente que no surge de autos prescripción médica alguna que la justifique.

De modo que la pretensión, en este aspecto, carece de sustento (Confr. CNACCF, Sala I, causa 652/2010 del 4/03/10).

En este sentido, es dable destacar el criterio sustentado por este Tribunal en reiteradas oportunidades, donde se puso de resalto lo dictaminado por el Cuerpo Médico Forense en la causa 94/13 (Sala I, Rta. el 19/2/13) respecto de que el profesional de la medicina que trata la patología del paciente, es quien, previo efectuar los estudios correspondientes, prescribe la prestación que le proporcione mejores resultados (criterio reiterado por la Sala I en la causa 18958/2016/1, Rta. el 20/10/16, e.o.).

En consecuencia, atento las constancias glosadas en la causa, corresponde desestimar las críticas vertidas por la accionante sobre el punto.

XIX.- Luego, respecto del agravio esgrimido por la actora en torno al adicional del 35% por dependencia, cabe puntualizar que se encuentra previsto «para la atención de personas discapacitadas dependientes», es decir, aquéllas que «debido a su tipo y grado de discapacidad» requieran «asistencia completa o supervisión constante por parte de terceros» y, en el caso, es preciso señalar que los médicos tratantes certificaron que la paciente era dependiente totalmente de terceras personas para actividades de la vida diaria y no podía valerse por sí misma, lo que



también se expuso en la evaluación interdisciplinaria acompañada por la demandada (Cfr. Resolución MSyAS 428/1999, puntos 17 y 18 de la Normativa General).

Así, en mérito de dichas circunstancias, este Tribunal entiende que corresp onde tener por acreditada la dependencia y hacer lugar al agravio formulado por la accionante sobre el punto y, en consecuencia, modificar la sentencia de grado reconociendo un adicional de 35% sobre los valores fijados en la sentencia de grado, conforme el nomenclador nacional.

X.- Finalmente, el Art. 14 de la ley 16.986 establece que las costas «se impondrán al vencido» haciendo aplicación del principio objetivo de la derrota consagrado por el Art. 68 del código adjetivo.

El sustento de su imposición es un corolario del vencimiento que tiende a resarcir al vencedor de los gastos en que debió incurrir para obtener ante el órgano jurisdiccional la satisfacción de su derecho (esta Sala, causa 1168/2017, del 6/7/2017).

Igualmente, su reparto en el juicio no sólo debe contemplar el resultado, sino también las características de aquél (Gozáini, Osvaldo, «Costas Procesales», Págs.46, 79 y Ss.).

En esta inteligencia, cabe ponderar que, en las presentes, OSDE no comenzó las gestiones correspondientes para la cobertura de la institución geriátrica, sino hasta después de dictada la medida cautelar, pese a que existía la indicación expresa de los médicos tratantes y que conocía la condición de la madre de los amparistas.

Por ello, ante la demora incurrida por la accionada en el cumplimiento de sus obligaciones respecto de la afiliada y frente al riesgo que ello implicaba para su salud, la actora se vio obligada a promover la presente acción de amparo, en la cual resultó esencialmente vencedora.

Asimismo, debe considerarse que se debe impedir, en cuanto sea posible, que la necesidad de servirse del proceso para la defensa del derecho se convierta en daño de quien se ve constreñido a accionar o a defenderse en juicio para pedir justicia (Confr. esta Sala, Causa N° 129570/2017, Rta. el 05/11/18 y su cita), este Tribunal no advierte que se hayan acreditado razones que permitan apartarse de lo resuelto en la instancia anterior en orden a la imposición de costas (Arts. 14 y 17 de la ley 16.986 y 68 del CPCCN).

Por lo expuesto, el Tribunal RESUELVE:

CONFIRMAR PARCIALMENTE la sentencia del 8/7/2020, con las modificaciones establecidas en el considerando XIX; con costas en la Alzada en el orden causado, en atención a la forma en que se decide (Art. 68, 2do párrafo, del CPCC).

Regístrese, notifíquese, hágase saber a la Dirección de Comunicación Pública de la C.S.J.N.

(Acordada 24/13 y ley 26.856) y devuélvase.

JUAN PABLO SALAS MARCOS MORAN

NOTA: para dejar constancia que las disposiciones del presente Acuerdo fueron emitidas en forma virtual y electrónica por los señores jueces Juan Pablo Salas y Marcos Morán, vocales de la Sala I de la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín, quienes lo suscribieron través de firma electrónica (Ac. CSJN 4/2020, 6/2020, 8/2020, 10/2020, 12/2020, 13/2020, 14/2020, 16/2020, 18/2020, 25/2020 y 27/2020; Ac.CFASM 61/2020 y providencias de presidencia del 20/3/2020, 1/4/2020, 13/4/2020, 27/4/2020, 12/5/2020, 26/5/2020, 9/6/2020, 30/6/2020 y 20/7/2020; y DNU 297/2020, 325/2020, 355/2020, 408/2020, 493/2020, 520/2020, 576/2020 y 605/2020).

Secretaría Civil N° 1, 22 de julio de 2020.

GONZALO AUGUSTE

SECRETARIO DE CAMARA

JUAN PABLO SALAS

JUEZ DE CAMARA

MARCOS MORAN

JUEZ DE CAMARA